



Andrzej Jezusek

Farmakologiczne obniżenie popędu seksualnego stosowane w ramach represji karnej w świetle zakazu tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania.

1. Streszczenie

W X 2008 r. Rada Ministrów zaproponowała zmiany w prawie karnym, które zmieniają brzmienie art. 95a k.k. Art. 95a k.k. został dodany do k.k. w 2005 r. Przewiduje on możliwość orzeczenia wobec sprawcy przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, popełnionego w związku z zakłóceniem czynności psychicznych innych niż choroba psychiczna, skazanego na bezwzględną karę pozbawienia wolności środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym lub poddania go leczeniu ambulatoryjnemu. W nowej wersji tego przepisu sąd będzie mógł taką osobę, która popełniła przestępstwo w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, umieścić w zakładzie karnym lub skierować na leczenie ambulatoryjne w celu zastosowania farmakoterapii i psychoterapii zmierzających do obniżenia popędu seksualnego. Orzeczenie środka zabezpieczającego będzie możliwe bez zgody skazanego, a w przypadku niektórych kwalifikowanych typów zgwałcenia będzie ono obligatoryjne. Rozwiązanie takie budzi zastrzeżenia obrońców praw człowieka, którzy zarzucają rządowym propozycjom naruszenie zakazu tortur oraz innego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i karania. Rząd odpycha te zarzuty, powołując się na orzeczenia ETPC w sprawie *Nevmerzhitsky*, w którym Trybunał uznał, iż konieczny środek leczniczy co do zasady nie może stanowić naruszenia art. 3 Konwencji Europejskiej.

Zaburzenie preferencji seksualnych jest jednocześnie zaburzeniem seksualnym i zaburzeniem osobowości, które polega na ukierunkowaniu popędu seksualnego w sposób niezgodny z normami społecznymi, sam jednak poziom popędu seksualnego jest normalny, taki sam jak u osób z prawidłowymi preferencjami seksualnymi. Stosowanie przymusowej farmakoterapii polegającej na podaniu leków obniżających w sposób odwracalny poziom popędu seksualnego nie można nazwać zabiegiem leczniczym, lecz wywołaniem anomalii w funkcjonowaniu organizmu człowieka, które można uznać za czasowe okaleczenie. Z powodu skutków takiej farmakoterapii (impotencja, bezpłodność, inne liczne i dolegliwe skutki uboczne), brak terminu, który ograniczałby w czasie stosowanie środka zabezpieczającego z art. 95a k.k., stosowanie go wobec osoby poczytalnej po odbyciu zasłużonej i sprawiedliwej kary, biorąc pod uwagę zamierzony charakter działań, ich rozciągnięcie w czasie, intensywność dolegliwości spotykających osobę poddaną temu środkowi zabezpieczającemu, można uznać

jego stosowanie za traktowanie niehumanitarne w rozumieniu art. 3 Konwencji Europejskiej. Przywołanie przez Radę Ministrów orzeczenia w sprawie Nevmerzhtsky jest błędne z powodu licznych i istotnych różnic występujących między wspomnianą sprawą a proponowaną regulacją.

W wrześniu 2008 r. polską opinią publiczną wstrząsnął dramat Alicji B., 21-letniej dziewczyny z Siemiatycz, od sześciu lat gwałconej przez własnego ojca. Dziewczyna urodziła dwoje dzieci, które została zmuszona pozostawić w szpitalu. Sprawa została nagłośniona przez media, politycy poczuli się zobligowani do zabrania głosu. Najbardziej dosadnie zabrzmiął premier Donald Tusk, który stwierdził, iż w Polsce powinna zostać wprowadzona „chemiczna kastracja” wobec pedofilów nie na życzenie skazanego, ale jako element wyroku, gdyż nie można „wobec takich indywiduów, takich kreatur zastosować terminu człowiek. W związku z czym nie sądzę, aby obrona praw człowieka dotyczyła tego rodzaju zdarzeń”¹. Realizując polecenie premiera, Ministerstwo Sprawiedliwości przystąpiło do prac legislacyjnych mających na celu wprowadzenie stosownych środków do prawa karnego. Przedmiotem prac stał się środek zabezpieczający opisany w art. 95a k.k., który został dodany do kodeksu ustawą z 27 VII 2005 r. nowelizującą prawo karne.

Przesłankami stosowania środka zabezpieczającego z art. 95a k.k. są:

- popełnienie przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, z wyłączeniem przestępstw skierowanych jedynie przeciwko obyczajności (chodzi o przestępstwa z art. 197-201 i 203 k.k.);
- stwierdzenie przez sąd, iż przestępstwo to powstaje w związku z zaburzeniami czynności psychicznych o podłożu seksualnym innym niż choroba psychiczna;
- skazanie sprawcy na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Sąd w wyroku skazującym może sprawcę umieścić w zakładzie zamkniętym albo skierować go na leczenie ambulatoryjne. „Umieszczenie sprawcy w zakładzie zamkniętym będzie celowe jedynie, jeżeli zakłócenie czynności psychicznych o podłożu seksualnym będzie trwałe i powtarzające się, a ryzyko popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego tego samego rodzaju będzie istotne. Skierowanie na leczenie ambulatoryjne będzie celowe, jeżeli zakłócenie czynności psychicznych na tle seksualnym będzie trwałe lub powtarzające się, ale sprawca nie będzie stanowił istotnego zagrożenia dla porządku prawnego”². Sąd stosuje ten środek fakultatywnie. Środek z art. 95a k.k. ma charakter postpenalny, jest orzekany wobec sprawcy obok kary i stosowany po jej odbyciu, ewentualnie w razie warunkowego zwolnienia z wykonania jej reszty – o potrzebie stosowania tego środka orzeka sąd penitencjarny do 6 miesięcy przed tymi zdarzeniami.

W razie orzeczenia umieszczenia w zakładzie zamkniętym sąd musi zastosować art. 93 k.k., który statuuje przesłankę niezbędności izolacyjnego środka zabezpieczającego dla zapobieżenia ponownemu popełnieniu przez sprawcę przestępstwa pozostającego w związku z jego chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym, uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego, a także

1 Donald Tusk chce kastrować pedofilów, PAP z 9 IX 2008 r., na podst. <http://wiadomosci.wp.pl/kat,1342,title,Donald-Tusk-chce-kastrowac-pedofilow,wid,10342059,wiadomosc.html?ticaid=17376>.

2 Z. Cwiakalski, *komentarz do art. 95a w A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz* Warszawa 2007, s. 1072.

wymóg uprzedniego wysłuchania lekarza psychiatry i psychologa³. Sąd stosuje także odpowiednio art. 94 par. 2 i 3 k.k. – oznacza to, iż środek z art. 95a k.k. jest to środkiem stosowanym bezterminowo i może oznaczać trwałą izolację sprawcy. „Rozwiązanie takie należy ocenić zdecydowanie krytycznie, biorąc pod uwagę fakt, iż chodzi o sprawcę poczytalnego, u którego nie stwierdzono choroby psychicznej, a jedynie bliżej nieokreślone zaburzenia psychiczne o podłożu seksualnym”⁴. Przy wykonywaniu środka zabezpieczającego określonego w art. 95a k.k. stosuje się art. 203 i 204 k.k.w., które regulują nadzór sądu nad jego realizacją i zasady jego uchylenia. Ponadto wobec sprawcy umieszczonego w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym można stosować środki przymusu bezpośredniego przewidziane w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego (u.o.z.p.) – art. 204a k.k.w.⁵

Rada Ministrów przyjęła ostateczny projekt ustawy wprowadzającej „chemiczną kastrację” 9 X 2008 r. i przesłała go do Sejmu. Projekt przewidywał szereg zmian w k.k., k.k.w., k.p.k. i ustawie o Policji. Najważniejsze zmiany sprowadzają się jednak do nowelizacji art. 93 i 95a k.k.

W razie przyjęcia przez Sejm propozycji rządowych zmianie ulegnie art. 93 k.k. Otrzyma on następujące brzmienie: „Sąd może orzec przewidziany w tym rozdziale środek zabezpieczający związany z umieszczeniem w zakładzie zamkniętym lub skierowaniem na leczenie ambulatoryjne tylko wtedy, gdy jest to niezbędne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego związanego z jego chorobą psychiczną, zaburzeniami preferencji seksualnych, upośledzeniem umysłowym lub uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego; przed orzeczeniem tego środka sąd wysłuchuje odpowiednio lekarzy psychiatrów, lekarza seksuologa oraz psychologa”.

Różnice w stosunku do obecnego brzmienia art. 93 k.k. sprowadzają się do:

- rozszerzenia przedmiotowego zakresu zastosowania art. 93 k.k. – sąd będzie zobligowany do jego stosowania także w sytuacji, w której będzie kierował sprawcę czynu zabronionego na leczenie ambulatoryjne;
- sąd będzie mógł orzec środek zabezpieczający w postaci skierowania na leczenie zamknięte lub ambulatoryjne także wtedy, gdy popełnienie czynu zabronionego miało związek z zaburzeniami preferencji seksualnych jego sprawcy;
- przed orzeczeniem środka, o którym mowa w art. 93 k.k., sąd będzie miał obowiązek wysłuchać odpowiednio lekarza psychiatrę, lekarza seksuologa, psychologa, a nie jak teraz tylko lekarza psychiatrę i psychologa.

Art. 95a par. 1 k.k. w wyniku nowelizacji otrzyma następujące brzmienie: „Skazując sprawcę na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonywania za przestępstwo skierowane przeciwko wolności seksualnej, popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, sąd może orzec umieszczenie sprawcy, po odbyciu tej kary w zakładzie zamkniętym albo skierowanie

3 Ponieważ art. 95a k.k. przewiduje wśród przesłanek swojego stosowania zaburzenie czynności psychicznych o podłożu seksualnym innych niż choroba psychiczna, a art. 93 k.k. takiej przyczyny stosowania środka zabezpieczającego związanego z umieszczeniem w zakładzie zamkniętym nie przewiduje, równoległe stosowanie art. 93 i 95a k.k. jest niemożliwe – tak Z. Ćwiakalski, op. cit., s. 1070.

4 A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Łódź 2006, s. 224.

5 O środku z art. 95a k.k. zob. szerzej R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 192, N. Kłaczynska, *komentarz do art. 95a k.k.* w J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 624-625, A. Marek, op. cit., s. 224.

go na leczenie ambulatoryjne, w celu przeprowadzenia terapii farmakologicznej i psychoterapii, zmierzających do obniżenia jego popędu seksualnego. Terapii farmakologicznej nie stosuje się, jeżeli jej przeprowadzenie spowodowałoby poważne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia skazanego⁶.

Do art. 95a zostanie dodany par. 1a, który będzie brzmiał: „Sąd orzeka umieszczenie sprawcy, o którym mowa w par. 1, skazanego za przestępstwo określone w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3⁶ w zakładzie zamkniętym albo skierowanie go na leczenie ambulatoryjne”. W związku z jego treścią ulegnie zmianie art. 95a par. 2 k.k., którego treść będzie następująca: „W okresie do 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub przed wykonaniem kary sąd ustala:

- 1) potrzebę i sposób wykonywania orzeczonego środka, o którym mowa w par.1,
- 2) sposób wykonywania orzeczonego środka, o którym mowa w par. 1a”.

Ponadto zostaną dodane par. 2a i 2b o następującej treści: „par. 2a. Sąd może zarządzić zmianę sposobu wykonywania środka zabezpieczającego, określonego w par. 1 i 1a. par. 2b. Sąd zarządza umieszczenie w zakładzie zamkniętym, jeżeli sprawca uchyła się od leczenia ambulatoryjnego, określonego w par. 1 i 1a”.

Różnice w stosunku do obecnego brzmienia art. 95a k.k.:

- przestępstwo przeciwko wolności seksualnej ma być popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych sprawcy, a nie jak teraz w związku z zakłóceniem jego czynności psychicznych o podłożu seksualnym innych niż choroba psychiczna;
- doprecyzowano na czym ma polegać umieszczenie sprawcy w zakładzie zamkniętym albo skierowanie na leczenie ambulatoryjne, ma ono mianowicie prowadzić do obniżenia popędu seksualnego poprzez stosowanie psychoterapii i terapii farmakologicznej;
- orzeczenie tego środka w stosunku do osoby skazanej za przestępstwo zgwałcenia, którego dopuścił się wobec osoby małoletniej lub wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, rodzeństwa ma być obligatoryjne;
- na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem albo zakończeniem wykonywania kary sąd uzyskał kompetencję do orzekania o potrzebie wykonania środka z art. 95a k.k. oraz o sposobie jego wykonania, przy czym, jeżeli stosowanie środka z art. 95a jest obligatoryjne, sąd decyduje tylko o sposobie jego wykonania;
- sąd uzyska kompetencję do decydowania w trakcie stosowania środka z art. 95a o sposobie jego wykonania;
- sąd zostanie zobligowany do umieszczenia sprawcy w zamkniętym zakładzie, jeżeli ten będzie się uchylał od leczenia ambulatoryjnego.

Ponadto zmianie ma ulec k.k.w. Znowelizowany art. 200 k.k.w. przewiduje, że środek z art. 95 a k. k. wykonywany w formie umieszczenia w zakładzie zamkniętym ma być wykonany w zakładzie psychiatrycznym, który ma być organizowany jako zakład dysponujący warunkami wzmocnionego zabezpieczenia. Jeżeli środek ma postać skierowania na leczenie ambulatoryjne, będzie wykonywany w zakładach ambulatoryjnych.

⁶ W wyniku nowelizacji art. 197 par. 3 otrzyma brzmienie: „Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia: 1) wspólnie z inną osobą, 2) wobec małoletniego poniżej 15 lat, 3) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3”.

W wyniku nowelizacji art. 201 k.k.w. będzie stanowił, że sąd wykonujący orzeczenie o zastosowaniu środka z art. 95a k.k., po zasięgnięciu opinii odpowiedniej w sprawach seksuologii sądowej jednostki organizacyjnej utworzonej przez ministra właściwego do spraw zdrowia, wskaże zakład zamknięty, w którym ma być wykonany ten środek i prześle odpis orzeczenia wraz z poleceniem doprowadzenia sprawcy właściwej jednostce Policji lub właściwemu organowi wojskowemu, a odpis orzeczenia i polecenie przyjęcia – kierownikowi właściwego zakładu zamkniętego. W przypadku skierowania sprawcy na leczenie ambulatoryjne, odpis orzeczenia sąd prześle właściwej jednostce Policji lub właściwemu organowi wojskowemu i kierownikowi zakładu ambulatoryjnego. W przypadku uchylania się sprawcy od leczenia, w szczególności w razie niestawiennictwa sprawcy w zakładzie ambulatoryjnym w wyznaczonym terminie, kierownik zakładu niezwłocznie zawiadomi o tym właściwą jednostkę Policji lub właściwy organ wojskowy. Policja lub właściwy organ wojskowy zatrzyma sprawcę i w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania przekaże go do dyspozycji sądu. Od zatrzymania będzie można odstąpić, jeżeli niestawiennictwo nastąpiło z przyczyn losowych, niezależnych od sprawcy. Zatrzymanego zwolni się, jeżeli w ciągu 24 godzin od przekazania go do dyspozycji sądu nie doręczono mu zarządzenia o umieszczeniu w zakładzie zamkniętym⁷.

2.

Zaproponowane zmiany w prawie karnym wzbudziły liczne kontrowersje w kręgach społecznych zaangażowanych w propagowanie praw człowieka i przestrzeganie standardów państwa prawa. W szczególności podnoszono zarzut naruszenia przez projekt nowelizacji art. 95a k.k. zakazu tortur oraz innego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i karania, a także stosowania kar cielesnych, który jest statutowany przez art. 40 Konstytucji. Ponadto podobne zasady zawierają liczne akty prawa międzynarodowego, które wiążą Rzeczpospolitą Polską, takie jak: art. 5 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka⁸, art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁹ czy art. 3 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolnościach (Konwencja Europejska)¹⁰.

W przepisach zakazujących tortur oraz innego, okrutnego, niehumanitarnego albo poniżającego traktowania lub karania występuje pewien ciąg określeń wykluczających wiele zachowań ludzkich, określeń bliskoznacznych, z wyraźną intencją uczynienia nielegalnymi zachowań wymierzonych przeciwko samej naturze człowieka i tym samym jego godności¹¹. Podobny pogląd, wiążący powyższe zachowania z naruszeniem godności człowieka, wyraził Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, że „na-leży bowiem rozdzielić urażenie jednostkowych ambicji, które może zostać spowodowane ustawowo dopuszczalnym ograniczeniem (...) od faktycznego naruszenia godności osoby ludzkiej – gdyż tylko tak interpretować można zawarte w art. 40 określenie – niehumanitarnie traktowanie”¹². Trybunał Konstytucyjny

7 Treść zmian na podstawie projektu ustawy z 9 X 2009, udostępnionego przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

8 „Nikt nie może być poddany torturom albo okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu”.

9 „Nikt nie będzie poddany torturom lub okrutnemu, niehumanitarnemu albo poniżającemu traktowaniu lub karaniu. W szczególności nikt nie będzie poddawany, bez swej swobodnie wyrażonej zgody, doświadczeniom lekarskim lub naukowym”.

10 „Nikt nie będzie poddany torturom, ani niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu bądź karaniu”.

11 Tak P. Sarnecki, *komentarz do art. 40 w L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 1.

12 Wyrok TK o sygn. SK 20/98 z 1 VI 1999.

tucyjny zwrócił uwagę na różnicę między tymi zachowaniami, a traktowaniem niehumanitarnym. „Traktowanie humanitarne obejmuje coś więcej niż tylko niestosowanie tortur i zakaz traktowania okrutnego, nieludzkiego i poniżającego, o którym mowa w art. 40 Konstytucji. Traktowanie humanitarne musi uwzględniać minimalne potrzeby każdego człowieka, z uwzględnieniem przeciętnego poziomu życia w danym społeczeństwie, i wymaga od władzy publicznej pozytywnych działań w celu zaspokojenia tych potrzeb”¹³.

Zakaz z art. 40 Konstytucji może być traktowany jako przepis chroniący życie i integralność cielesną człowieka¹⁴ lub jako przepis chroniący jego nietykalność osobistą¹⁵. Konsekwencje art. 40 konstytucji są różnorakie. Po pierwsze Konstytucja nie dopuszcza przywrócenia w Polsce tortur, bo ze zjawiskiem tym jako instytucją prawnokarną już dawno w Polsce nie mamy do czynienia. Po drugie Konstytucja zakazuje nieludzkiego lub poniżającego traktowania człowieka. Zakaz ten jest w pierwszej kolejności skierowany do organów państwa, ich funkcjonariuszy, zwłaszcza do ustawodawcy, który musi go uwzględnić w przepisach dotyczących kar, ich wykonywania, ale także do innych podmiotów we wzajemnych stosunkach¹⁶. Część doktryny uważa jednak, że zakaz z art. 40 jest kierowany jedynie do władz publicznych¹⁷. Ustawodawca realizując zasadę z art. 40 Konstytucji poprzez ustanowienie art. 3 k.k., który stanowi, że „kary i inne środki przewidziane w tym kodeksie stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu, z poszanowaniem godności człowieka” i art. 4 par. 1 k.k.w. nakazującego kary, środki karne, zabezpieczające, zapobiegawcze wykonywać w sposób humanitarny, z poszanowaniem godności skazanego oraz zakazującego stosowania tortur, oraz innego nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karania sprawcy.

Art. 1 Konwencji przeciwko Torturom uznaje za tortury „wszelkie czyny, poprzez które dotkliwy ból lub cierpienie, fizyczne lub psychiczne, są świadomie zadawane osobie w takich celach, jak uzyskanie od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, ukaranie jej za czyn, który ona lub osoba trzecia popełniła lub o popełnienie którego jest podejrzana, albo zastraszanie lub zmuszanie jej lub osoby trzeciej, albo z jakiegokolwiek innej przyczyny opartej na jakiegokolwiek rodzaju dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie są zadawane przez albo za namową czy też za zgodą lub przyzwoleniem funkcjonariusza publicznego albo innej osoby działającej w oficjalnym charakterze. Nie obejmuje to bólu lub cierpienia wynikającego z zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie z nimi związanego lub przypadkowego”. Państwa – strony Konwencji zostały zobowiązane do podjęcia skutecznych środków legislacyjnych, administracyjnych, sądowych oraz innych w celu zapobieżenia stosowania tortur na całym terytorium znajdującym się pod ich jurysdykcją – art. 2 ust.1 Konwencji. Żadne wyjątkowe okoliczności (stan wojenny, zagrożenie wojenne, stan wewnętrznej niestabilności, inny publiczny stan wyjątkowy), ani żaden rozkaz zwierzchnika lub władzy publicznej nie może być powołany w celu usprawiedliwienia tortur – art. 2 ust. 2 Konwencji.

13 Wyrok TK o sygn. SK 25/07 z 26 V 2008.

14 Tak D. Górecki, *Polskie prawo konstytucyjne w zarysie*, Zakamycze 2007, s. 78.

15 Tak L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 105.

16 Tak J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, A. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Zakamycze 2004, s. 115.

17 Tak L. Garlicki, *Polskie...*, s. 105.

Ponadto państwa – strony Konwencji zostały zobowiązane także do zapobiegania na każdym terytorium podlegającym ich jurysdykcji innym aktom okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania. Konwencja uznaje za takowe akty, które nie stanowią tortur, gdy są popełniane przez urzędnika publicznego lub inną osobę działającą w charakterze oficjalnym, albo za ich namową, czy też za ich zgodą lub przyzwoleniem – art. 16 ust. 1 Konwencji. Bardziej precyzyjne określenie tych pojęć można znaleźć w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który orzeka w sprawie skarg na łamanie przez członków Rady Europy art. 3 Konwencji Europejskiej.

Zakaz z art. 3 Konwencji Europejskiej ma charakter bezwzględny. Konwencja nie przewiduje od niego wyjątków, jego naruszenie nie może być usprawiedliwione nawet w przypadku „wojny lub innego niebezpieczeństwa zagrażającego życiu narodu” – art. 15 ust. 2 Konwencji. „Trybunał wskazuje, że art. 3 chroni jedną z podstawowych wartości państwa demokratycznego i nie czyni od niej wyjątków”¹⁸. „Potrzeby śledztwa i niezaprzeczalne trudności związane z walką z przestępczością, w szczególności z działalnością terrorystyczną, nie mogą powodować ograniczeń w ochronie fizycznej integralności jednostek”¹⁹. „Przez wagę pozytywnych obowiązków nałożonych na państwo i absolutny charakter praw, których dotyczy, art. 3 obejmuje także niehumanitarnie i poniżające zachowania wynikające z działań jednostek prywatnych, jeżeli państwo poprzez swoje działanie lub zaniechanie nie wypełniło swoich obowiązków wynikających z Konwencji”²⁰. „Trybunał niezmiennie utrzymuje, że odpowiedzialność państw rozciąga się także na pogwałcenie praw i wolności zawartych w Konwencji, jeżeli wynika ono z nieprzestrzegania przez państwo jego obowiązku z art. 1, który polega na zabezpieczeniu tych praw i wolności w prawie krajowym dla wszystkich osób, znajdujących się pod jego władzą”²¹. „Skarżący słusznie wskazał, że art. 3 nie tylko zakazuje państwom – stronom powodować niehumanitarnie lub poniżające traktowanie lub działanie, które może zdarzyć się pod ich jurysdykcją, ale także zawiera zobowiązanie do nie stawiania osoby w sytuacji, w której mogłaby cierpieć takie traktowanie lub działanie z rąk innego państwa”²².

W zakresie rozumienia tortur Trybunał przyjmuje od czasów podpisania Konwencji przeciwko Torturom zawartą tam definicję tego zjawiska. Przyjmuje więc, że tortury to szczególna forma umyślnego, niehumanitarnego traktowania powodująca bardzo dolegliwe i poważne cierpienie. „Bez wątpienia jest to gorsza forma niehumanitarnego traktowania powodująca intensywne fizyczne lub/i psychiczne cierpienie. Chociaż stopień intensywności i długości tych cierpień konstytuuje podstawowe elementy tortur, należy brać pod uwagę wiele innych relewantnych elementów złego traktowania: użyte środki i metody, powtarzanie lub czas trwania takiego traktowania, wiek, płeć, kondycja zdrowotna osoby poddanej takiemu traktowaniu, prawdopodobieństwo, że takie zachowanie może spowodować uszczerbek w kondycji fizycznej i mentalnej osoby poddanej takiemu traktowaniu oraz konsekwencje takiego uszczerbku, ich waga i czas ich trwania”²³.

18 Orzeczenie *Shamayev i dwanaście innych osób v. Gruzja i Rosja* z 12 X 2005 r., par. 375. Podobnie w orzeczeniu *Chahal v. Wielka Brytania* z 15 XI 1996 r., par. 96.

19 Orzeczenie *Tomasi v. Francja* z 27 VIII 1992 r., par. 115. Podobnie w orzeczeniu *Aksoy v. Turcja* z 18 XII 1996, par. 62.

20 Orzeczenie *H.L.R. v Francja* z 29 IV 1997 r., par. 30.

21 Orzeczenie *Costello-Roberts v. Wielka Brytania* z 25 III 1993 r., par. 26.

22 Orzeczenie *Soering v Wielka Brytania* z 7 VII 1989 r., par 82.

23 Orzeczenie *Irlandia v. Wielka Brytania* z 18 I 1978 r., par. 162.

Traktowanie, które nie było torturami, może być uznane za nieludzkie lub poniżające. Nieludzkie traktowanie jest to „złe traktowanie”, które jest zamierzone, stosowanie nieprzerwanie przez długi czas i spowodowało u ofiary obrażenia ciała lub intensywne cierpienia fizyczne lub psychiczne²⁴. Traktowaniem poniżającym jest każde inne złe traktowanie, które osiągnęło minimalny stopień dolegliwości. „Byłoby absurdem utrzymywać, że kara sądowa generalnie, przez zwyczajny i zazwyczaj nieunikniony element upokorzenia, jest poniżająca w rozumieniu art. 3. Muszą być spełnione dodatkowe kryteria. W rzeczywistości art. 3 przez zakazanie nieludzkiego i poniżającego karania, rozróżnia między takim karaniem, a karaniem ogólnie. W opinii Trybunału karanie jest poniżające i narusza art. 3, gdy upokorzenie i związane z tym obniżenie wartości osiągnie pewien poziom i w każdym wypadku musi być inne niż zwyczajny element upokorzenia związany z postępowaniem karnym. Jego stwierdzenie zależy od okoliczności danego przypadku, w szczególności jego natury i kontekstu ukarania, sposobu i metod egzekucji kary”²⁵. „Złe traktowanie musi osiągnąć pewien poziom dolegliwości, aby podpadło pod zakres przedmiotowy art. 3, a stwierdzenie tego poziomu zależy od wszystkich okoliczności danego przypadku”²⁶.

Ze względu na temat pracy warto zauważyć, że Trybunał uznał, iż poniżające mogą być kary cielesne. „Istota sądowej kary cielesnej polega na tym, że jeden człowiek doświadcza fizycznej przemocy ze strony innego człowieka. Co więcej, jest to przemoc zinstrumentalizowana, dozwolona przez prawo, zarządzona przez władzę sądową i wykonana przez organy ścigania. Dlatego, chociaż skarżący nie cierpiał ani dolegliwie, ani skutki fizyczne nie były trwałe, jego kara, w której został potraktowany jak przedmiot w rękach władz, statuuje atak na dobra, które są chronione przez art. 3, mianowicie na ludzką godność i integralność fizyczną. Poza tym nie można wykluczyć, że kara wywarła skutki psychologiczne”²⁷. Jednak nie każda kara cielesna narusza art. 3 Konwencji, musi ona bowiem zawsze osiągnąć pewien stopień dolegliwości i wiązać się z poniżeniem, poczuciem obniżenia wartości ukaranego²⁸.

Niezbędny środek terapeutyczny nie może być w zasadzie uznany za nieludzki lub poniżający. To samo dotyczy przymusowego karmienia, mającego ratować życie więźnia świadomie odmawiającemu przyjmowania pokarmu, pod warunkiem, że środki te są rzeczywiście konieczne ze względów medycznych, oraz zapewniono odpowiednie gwarancje proceduralne²⁹. „Przymusowe karmienie może być w pewnych okolicznościach poniżającym traktowaniem zakazanym przez art. 3 Konwencji. Jeżeli jednak aresztowany prowadzi głodówkę, może dojść do konfliktu między prawem jednostki do integralności fizycznej a obowiązkiem państwa na podstawie art. 2 do ochrony życia, którego sama konwencja nie rozwiązuje”³⁰.

24 Zob. orzeczenia *Mayzit v. Rosja* z 9 III 2006 r., *Cenbauer v. Chorwacja* z 28 III 2006 r.

25 Orzeczenie *Tyrer* z 25 IV 1978 r., par. 30.

26 Orzeczenie *Shamayev*, par. 375.

27 Orzeczenie *Tyrer*, par. 33.

28 Szerzej orzeczenie *Costello-Roberts*, par. 30 – na jego podstawie należy przyjąć, iż Trybunał nie wyklucza tzw. kontratypu „karcenia małoletnich”.

29 Szerzej orzeczenie *Nevmerzhitsky v. Ukraina* z 5 IV 2005 r., par. 94.

30 *Ibidem*, par. 93.

3.

Środek zabezpieczający z nowelizowanego art. 95a k.k. będzie stosowany wobec sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej (art. 197-201 i 203 k.k.), którzy popełnili takie przestępstwo w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych (i zostali skazani na bezwzględną karę pozbawienia wolności).

Zaburzenie preferencji seksualnych, termin używany w ICD-10³¹, ma 2 aspekty. Po pierwsze jest zaburzeniem seksualnym o jakościowo „najcięższym” charakterze (wymiar seksuologiczny). Po drugie jest zaburzeniem osobowości (wymiar psychiatryczny).

Zaburzenia seksualne to termin nieprecyzyjny, najogólniej oznacza on jakąś patologię, nieprawidłowość seksualną. Ogólnie można powiedzieć, że zaburzenia seksualne to takie potrzeby, podstawy i zachowania seksualne, które utrudniają współżycie seksualne, stworzenie więzi seksualnej z partnerem, przystosowanie się do norm akceptowanych przez społeczeństwo i aprobowanych przez prawo³². Zaburzenie preferencji seksualnych ma postać zespołu zaburzeń seksualnych, czyli jest to stan zaburzeń seksualnych składający się z typowych, stałych i współtowarzyszących objawów, długotrwały i narastający³³.

W ICD-10 zaburzenia preferencji seksualnych zostały zaliczone do zaburzeń osobowości. ICD-10 rozumie pod pojęciem osobowości zespół trwałych wzorców myślenia, odczuwania i zachowania, charakteryzujący indywidualny styl życia i sposób adaptacji. Natomiast zaburzenia osobowości (psychopatie) są głęboko utrwalonymi i zakorzenionymi wzorcami zachowań, które mają charakter sztywnych i niedostosowujących się do sytuacji reakcji na różne okoliczności, zachodzących zarówno w życiu psychicznym jednostki, jak i w interakcjach społecznych. Reakcje takiej osoby różnią się od tego jak przeciętna jednostka w danej kulturze myśli, spostrzega, czuje, a w szczególności wchodzi w związki międzyludzkie³⁴. „Podobnie jak w formowaniu osobowości problem sprzeczności dialektycznej między zmiennością a niezmiennością natury człowieka odgrywa decydującą rolę i zwichnięcie równowagi przez zbytne utrwalenie pewnych cech prowadzi do skrzywienia struktury zwanego psychopatią. Dlatego też w życiu seksualnym oprócz silnych tendencji do utrwalenia się struktur czynnościowych, istnieje także ich duża zmienność, dzięki którym sfera bodźców i form doznań erotycznych nie pozostaje wciąż ta sama (...). Problem zboczeń seksualnych jest analogiczny jak w psychopatii. Polega na utrwaleniu pewnych form życia seksualnego, że aż naruszającego równowagę między zmiennością a niezmiennością”³⁵.

Wyróżnione przez WHO zaburzenia preferencji seksualnych można podzielić na trzy kategorie. Pierwsza z nich to zaburzenia preferencji seksualnych, które charakteryzują się tym, że podniecenie i satysfakcja seksualna jest związana z przedmiotami nieosobowymi (fetyszyzm³⁶, transwestytyzm

31 Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych Światowej Organizacji Zdrowia.

32 Definicja za Z. Lwem Starowiczem, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 1998, s. 7.

33 Szerzej *Ibidem*, s. 8-9.

34 Zob. szerzej J. Aleksandrowicz, *Zaburzenia nerwicowe, zaburzenia osobowości i zachowania dorosłych (według ICD-10)*, Kraków 1998, s. 122.

35 A. Kępiński, *Z psychopatologii życia seksualnego*, Kraków 2003, s. 55-56.

36 Podniecenie i satysfakcja seksualna jest uzależniona od obecności pewnego przedmiotu lub pewnego stanu rzeczy.

fetyszystyczny³⁷, nekrofilia³⁸). Druga kategoria to zaburzenia preferencji seksualnych, które wiążą satysfakcję seksualną z cierpieniem i upokorzeniem (sadyzm³⁹, masochizm⁴⁰). Trzecia kategoria to zaburzenia preferencji seksualnych, które prowadzą do zachowań seksualnych z udziałem niedobrowolnego partnera (ekshibicjonizm⁴¹, voyeryzm⁴², pedofilia⁴³, skatologia telefoniczna⁴⁴, frotteryzm⁴⁵)⁴⁶.

Zaburzenia preferencji seksualnych można podzielić na takie, które nie prowadzą do popełnienia czynu karalnego (np. transwestytyzm fetyszystyczny, w zasadzie fetyszyzm), na takie, które mogą prowadzić do popełnienia czynu karalnego (sdomasochizm, exhibicjonizm, nekrofilia) i na takie, których realizacja zawsze stanowi czyn karalny (pedofilia)⁴⁷.

Liczne kontrowersje budzi kwestia poczytalności osób z zaburzonymi preferencjami seksualnymi. „W przypadku przestępstw seksualnych do zakłóceń czynności psychicznych można zaliczyć różne formy dewiacji seksualnych czy związanych z nimi zaburzeń w rozwoju osobowości. O ile nie zdarza się, by te zaburzenia czyniły sprawców niepoczytalnymi, to mogą one wpływać na ograniczenie poczytalności. Poczytalność takich osób jest ograniczona albo w stopniu znacznym (...), albo o wiele częściej w stopniu nieznacznym. Może się zdarzyć, że zaburzenia te zdaniem biegłych nie wpływają ograniczająco na kryteria poczytalności w żadnym stopniu. (...) Mitem są poglądy, że wśród sprawców przestępstw seksualnych większość, a nawet znaczną część stanowią osoby chore psychiczne lub upośledzone umysłowo. (...) Nie zmienia to faktu, że wśród sprawców przeważają osoby o przeciętnym lub niskim poziomie intelektualnym. Dane dot. sprawców ujawniających deficyty intelektualne są niejednoznaczne i w przedziale od 4,5% do 30% mieszczą się sprawcy z pogranicza upośledzenia umysłowego (ociężałość umysłowa) i lekkim upośledzeniem umysłowym. W tych przypadkach funkcje życiowe sterowane są głównie instynktami wegetatywnymi a nie procesami intelektualnymi. Dlatego zjawiska, które u przeciętnego człowieka wywołują niespecyficzne doznania, u upośledzonego umysłowo mogą spowodować pobudzenie seksualne i doprowadzić do sytuacji krytycznej”⁴⁸.

Art. 95a k.k. przewiduje możliwość stosowanie wobec osób z zaburzonymi preferencjami seksualnymi, którzy popełnili przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i zostali skazani na bezwzględna karę pozbawienia wolności farmakoterapię i psychoterapię w celu obniżenia popędu seksualnego. Takie ujęcie problemu jest nieporozumieniem, ponieważ żadna stosowana w seksuologii i psychiatrii terapia nie ma na celu obniżenia popędu seksualnego, a tylko eliminację zaburzonych preferencji seksualnych oraz zastąpienie je prawidłowymi preferencjami, ewentualnie wzmocnienie mechanizmów

37 Podniecenie i satysfakcja seksualna uzależnione są od nałożenia ubrań używanych przez przeciwną płęć.

38 Satysfakcja seksualna jest uzależniona od obecności ciała martwego człowieka.

39 Źródłem satysfakcji seksualnej jest zadawanie cierpienia innej osobie, dominacja nad nią.

40 Źródłem satysfakcji seksualnej jest poddanie się dominacji partnera seksualnego.

41 Polega na okazywaniu narządów płciowych nieznanym osobom.

42 Polega na podglądaniu innych osób w trakcie współżycia seksualnego.

43 Polega na osiągnięciu satysfakcji seksualnej poprzez kontakt z dzieckiem przed okresem pokwitania, kiedy różnica wieku między dzieckiem a osobą o zaburzonych preferencjach seksualnych wynosi co najmniej 10 lat.

44 Polega na molestowaniu seksualnym nieznaney osoby za pośrednictwem telefonu lub innych metod komunikowania się na odległość.

45 Inaczej ocieractwo, satysfakcję seksualną osiąga się poprzez kontakt z ciałem nieznaney osoby.

46 Za M. Seligman, E. Walker, D. Rosenham, *Psychopatologia*, Poznań 2003, s. 585

47 Wyliczenia za M. Cieślak, K. Spelt, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, s. 226-228

48 J. Heitzman, *Opinia sądowo-psychiatryczna sprawców przestępstw seksualnych, ze szczególnym uwzględnieniem pedofilii*, s. 1-2.

kontroli nad zachowaniami seksualnymi. Ponadto obniżenie popędu seksualnego można spowodować jedynie farmakoterapią, psychoterapia jest zupełnie bezskuteczna w regulacji poziomu popędu seksualnego. Farmakoterapia powodująca obniżenie popędu seksualnego zastąpiła stosowaną wcześniej kastrację chirurgiczną, którą odrzucono z przyczyn etycznych, mimo że w sposób znaczący obniżała wskaźnik recydywy wśród sprawców przestępstw seksualnych (badania wykazywały, że wskaźnik recydywy spadł poniżej 5%). Farmakoterapia ma prowadzić do podobnych rezultatów przy zastosowaniu humanitarnych metod. Polega ona na zastosowaniu środków antyandrogennych – octanu cyproteronu (androcuru) oraz medroksyprogesteronu (depo provera). Rzadziej stosuje się triptorelin. Powyższe środki prowadzą do zablokowania produkcji męskich hormonów płciowych i tym samym do zaniku produkcji męskich komórek płciowych. Zewnętrznie działanie tych leków przejawia się w bezpłodności stosujących ich mężczyzn i ich impotencji. Co do zasady zmiany te są odwracalne, nie ma jednak pewności, co do możliwości przywrócenia płodności po długotrwałym stosowaniu antyandrogenów. Ponadto środki te powodują wiele innych skutków ubocznych.⁴⁹

Art. 95a k.k. nie określa okresu, w jakim ten środek ma być stosowany wobec sprawcy. Art. 95a k.k. w zw. z art. 94 k.k. stanowi tylko, że sąd orzeka zwolnienie sprawcy, jeżeli jego dalsze pozostawienie w zakładzie nie jest konieczne. Również art. 204 k.k.w. stanowi, że sąd niezwłocznie orzeka w sprawie dalszego stosowania środka z art. 95a k.k., kiedy „nie jest on konieczny”. Pojawiają się wątpliwości, kiedy jego stosowanie przestaje być „konieczne”. Art. 95a k.k. stanowi, że celem umieszczenia w zakładzie zamkniętym lub leczenia ambulatoryjnego jest farmakoterapia i psychoterapia zmierzająca do obniżenia popędu seksualnego. Z tych przepisów należałoby wnioskować, że celem środka z art. 95a k.k. jest obniżenie popędu. Środek z art. 95a k.k. przestaje być konieczny, kiedy nie będzie już potrzeby stosowania farmakoterapii obniżającej popęd płciowy. Rozumowanie takie oznacza, że środek z art. 95a k.k. powinien być stosowany do osiągnięcia wieku starczego, ponieważ dopiero wtedy popęd seksualny obniża się w sposób naturalny. Rozsądnym rozwiązaniem może być nawiązanie do art. 93 k.k. i uznanie, że stosowanie środka z art. 95a k.k. „nie jest konieczne”, kiedy przestaje on być niezbędny do zapobiegnięcia ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego związanego z zaburzeniem jego preferencji seksualnych. Są to nadal terminy bardzo niejasne. Rodzi się pytanie, jak stwierdzić, że sprawca nie popełni znowu czynu zabronionego związanego z zaburzeniem jego preferencji seksualnych. Przy założeniu, że powodem popełnienia przestępstwa było zaburzenie preferencji seksualnych, to środek ten staje się zbędny, kiedy sprawca będzie miał prawidłowe preferencje seksualne. Leczenie zaburzeń preferencji seksualnych jest trudne, lekarz nigdy nie może

49 Takich jak np.: produkcja uszkodzonych plemników, która może doprowadzić do powstania źle uformowanych embrionów, objawy zmęczenia, apatii, zmiany w owłosieniu, przyrost wagi, anemia, zaburzenia w oddychu i funkcjonowaniu wątroby, ginekomastia, mlekotok, zakłócenie metabolizmu węglowodanów (dot. octanu cyproteronu); bóle kostne, bóle w miejscu podania leku, kłopoty w oddawaniu moczu, krwiomocze, świąd skóry, nudności, wymioty, biegunka, zawroty głowy, duszności, zaburzenia widzenia, depresja, bezsenność, wzmożenie pocenia się i wypadanie włosów i wzrost ciśnienia tętniczego (dot. triptorelinu); bóle brzucha, zespół Cushinga, depresja, cukrzyca, mlekotok, kamica mlekowa, uszkodzenie wątroby, uderzenia gorąca, nadciśnienie i powikłania zakrzepowozatorowe (dot. medroksyprogesteronu). Na podstawie: J.E.F. Reynolds (red.), *Martindale. The Extra Pharmacopeia. XXXI edition*, Londyn 1996, s. 1476-1477, 1487, 1495-1496, J. Podlewski, A. Chwalibogowska-Podlowska, *Leki współczesnej terapii*, Warszawa 2001, s. 376 i 625, R. i R. Hall, *Profil pedofilii: definicja, charakterystyka sprawców, recydywa, wyniki leczenia i aspekty sądowe w Psychiatria po dyplomie*, 5/3/2008, s. 49 oraz P. Dutkowski, K. Kowalski, *Leki, encyklopedia dla pacjentów*, Gdańsk 2000, s. 22 i 417-418.

być pewien, czy osiągnął już sukces, niektórzy autorzy w ogóle poddają w wątpliwość możliwość wyleczenia tego typu przypadłości, stąd ponownie rodzi się wniosek, że środek z art. 95a k.k. będzie stosowany dopóki sprawca nie osiągnie wieku starczego lub znajdzie się w stanie, który uniemożliwi mu popełnianie przestępstw.

Pewne wątpliwości budzi możliwość stosowania przymusu bezpośredniego wobec osób uchylających się od farmakoterapii, na których nałożono obowiązki wynikające z art. 95a k.k. Początkowo projektodawcy przewidywali wyraźne zezwolenie na stosowanie przymusu bezpośredniego w art. 95a k.k. Z pomysłu tego jednak się wycofano, co część mediów uznała za „ucywilizowanie” zamierzonych zmian. Była to euforia przedwczesna, bowiem zdaniem Ministerstwa Sprawiedliwości zastosowanie przymusu bezpośredniego będzie możliwe na podstawie ogólnej klauzuli z art. 204a k.k.w., jeżeli sprawca przebywa w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym. Rozumowanie Ministerstwa jest prawidłowe, jeżeli uznamy podanie leków obniżających popęd seksualny za „czynność leczniczą”, a obniżenie popędu za cel umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym. Spełnione są wówczas warunki z art. 33 ust 1 u.o.z.⁵⁰, co z kolei umożliwia zastosowanie przymusu bezpośredniego na podstawie art. 34 ust. 1 u.o.z.⁵¹. Można mieć wątpliwości co do uznania podania leków obniżających popęd seksualny za „czynność leczniczą”, nie mniej jednak, zdaniem projektodawców, ma ono taki charakter i dla celów tej pracy trzeba przyjąć, że stosowanie przymusu bezpośredniego wobec sprawcy uchylającego się od farmakoterapii jest możliwe. Takie założenie jest zgodne z intencjami autorów zmian i zostanie uwzględnione przy ocenie instytucji z nowelizowanego art. 95a k.k. z punktu widzenia jej zgodności z zakazem tortur oraz innego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania.

5.

Aby ocenić zgodność instytucji z art. 95a k.k. z zakazem tortur oraz innego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, trzeba odpowiedzieć na pytanie, czy przewidziane przez art. 95a k.k. środki mają charakter leczniczy? Środek zabezpieczający z art. 95a k.k. nakazuje stosować wobec sprawcy farmakoterapię i psychoterapię w celu obniżenia popędu seksualnego. Osoba z zaburzonymi preferencjami seksualnymi ma przeciętny poziom popędu seksualnego, który jest tylko źle ukierunkowany, ponieważ jest uznany za nieprawidłowy z punktu widzenia norm społecznych. Tak więc art. 95a k.k. nakazuje obniżyć popęd seksualny, którego poziom jest prawidłowy. Takie traktowanie skazanego nie można nazwać leczeniem. Leczenie polega na usunięciu nieprawidłowości w funkcjonowaniu organizmu lub psychiki pacjenta, zawsze ma na celu jego dobro. Tymczasem przepis art. 95a k.k. nakazuje spowodować anormalne zmiany w funkcjonowaniu organizmu człowieka, odstające od normy, które będą się przejawiać w utracie zdolności posiadania potomstwa i impotencji sprawcy. Zmiany te teoretycznie są odwracalne, ale trzeba pamiętać, że art. 95a k.k. nie przewiduje okresu, w jakim środek ten ma być stosowany, a więc nie można wykluczyć sytuacji, w której będzie on stosowany dożywotnio,

50 Art. 33 ust. 1: Wobec osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody można stosować niezbędne czynności lecznicze, mające na celu usunięcie przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia bez zgody.

51 Art. 34: Wobec osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody przymus bezpośredni można stosować, poza okolicznościami określonymi w art. 18, także wtedy, gdy jest to konieczne do dokonania niezbędnych czynności leczniczych, o których mowa w art. 33. Przymus bezpośredni można także stosować w celu zapobieżenia samowolnemu opuszczeniu przez tę osobę szpitala psychiatrycznego. Wypisanie ze szpitala psychiatrycznego osoby przebywającej tam bez jej zgody.

a więc w rzeczywistości zmiany te mogą okazać się trwałe. Mamy więc do czynienia z okaleczeniem, tyle że dokonany w „białych rękawiczkach” – bez zastosowania metod chirurgicznych, za pomocą tabletek.

Podobnie należałoby ocenić rozwiązanie, które polegałoby na ukierunkowaniu środka z art. 95a k.k. na zmianę preferencji seksualnych sprawcy na prawidłowe lub wzmocnienie mechanizmów kontroli zachowań popędowych, przy czym środki farmakologicznie obniżające popęd byłyby stosowane pomocniczo w czasie leczenia, jako środek zapobiegający w tym okresie powrotowi sprawcy do dewiacyjnych zachowań. Wynika to z okoliczności, iż nieprawidłowa jest osobowość sprawcy i tylko ona może być leczona, obniżenie popędu płciowego zaś zawsze będzie spowodowaniem anomalii w funkcjonowaniu organizmu sprawcy. Anomalia ta nie jest jednak konieczna ani do zmiany preferencji seksualnych, ani wzmocnienia mechanizmów kontroli nad zachowaniami popędowymi. Farmakoterapia obniżająca popęd seksualny nie może być traktowana jako środek leczniczy, jej jedynym celem jest wspomoczenie woli pacjenta, który odrzucił zachowania dewiacyjne. Ze względu na konsekwencje w funkcjonowaniu organizmu i ewentualne skutki uboczne farmakoterapia mająca na celu obniżenie popędu seksualnego powinna być stosowana jedynie za zgodą osoby, która się jej poddała. Ponadto farmakoterapia zmierzająca do obniżenia popędu seksualnego traktowana jako środek zapobiegający powrotowi do zachowań dewiacyjnych w trakcie terapii jest niekonieczna w razie umieszczenia osoby jej poddanej w zakładzie zamkniętym, gdzie osoba taka jest pozbawiona wolności i poddana nadzorowi personelu medycznego. W takich warunkach nie ma ona możliwości ponownego podjęcia zachowań seksualnych związanych z zaburzeniem jej preferencji seksualnych. W powyższych okolicznościach stosowanie farmakoterapii pozbawione jest jakiegokolwiek sensu.

Stosowanie farmakoterapii w celu obniżenia popędu seksualnego jest okaleczeniem człowieka, tyle że odwracalnym. Nie zmienia to jednak zasadniczej natury tego środka. Godzi ono w integralność fizyczną osoby i wiąże się z znacznymi dolegliwościami, takimi jak impotencja, bezpłodność, objawy zmęczenia, zaburzenia oddechu, ginekomastia, rzadziej mlekotok i osteoporoza. Nie bagatelne są też cierpienia psychiczne sprawcy, postrzeganego przez samego siebie i resztę społeczeństwa jako „kastat”. W naszej kulturze impotencja u mężczyzny zawsze jest uznawana za powód do wstydu i okoliczność godząca w jego godność. Powyższe dolegliwości osiągają poziom wymagany przez Trybunał w Strasburgu, żeby uznać je za złe traktowanie, zakazane przez art. 3 Konwencji Europejskiej. Ze względu na ich zamierzony charakter, nieprzerwany, długi okres stosowania i intensywność dolegliwości, jakie spotyka sprawcę można je uznać za traktowanie nieludzkie⁵².

Ponadto art. 95a k.k. statuuje w rzeczywistości nowy środek karny, który polega na ukaraniu sprawcy przestępstwa o charakterze seksualnym na ciele, jest więc typową karą cielesną. Pogląd ten wynika z oświadczeń członków rządu i parlamentu, którzy nie ukrywają, że ich celem jest spowodowanie impotencji sprawcy przestępstw seksualnych, dokonanie ich „chemicznej kastracji”. Jako że wprowadzenie takiego środka karnego byłoby w sposób oczywisty pogwałceniem art. 40 Konstytucji zakazującego kar cielesnych, postanowiono wprowadzić go do k.k. w formie środka zabezpieczającego. Manewr ten wymagał ograniczenia zakresu podmiotowego tylko do sprawców cierpiących na zaburzenia preferencji

52 Zob. orzeczenia ETPC: w sprawie Mayzit i w sprawie Cenbauer.

seksualnych. Został on również załagodzony przez humanitarne zapisy art. 93 k.k. Nie mniej jednak nie stracił on moim zdaniem zasadniczego charakteru kary cielesnej, ponieważ jak w przypadku każdej kary, jego głównym celem w zamierzeniu projektodawców i w oczach opinii publicznej jest odpłata sprawcy za popełnione zło i to odpłata dokonana wedle średniowiecznych wzorów (kara odzwierciedlająca)⁵³. Ponadto art. 95a k.k. zakłada możliwość zastosowania przymusu bezpośredniego, a więc użycia przemocy fizycznej przez jednego człowieka wobec drugiego, jeżeli ten drugi nie chce się podporządkować rygorom przewidzianym w tej regulacji, co jest jedną z konstytutywnych cech kary cielesnej⁵⁴. Za uznaniem regulacji z art. 95 a k.k. za karę przemawia także fakt, że jest ona stosowana wobec osoby poczytalnej, która może pokierować swoim postępowaniem, a więc nie wymaga kontroli i nadzoru ze strony społeczeństwa. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie stwierdzał, że pojęcia konstytucyjne mają swoje własne znaczenie i nie mogą być interpretowane w ustawach. Z powyższych powodów, mimo pewnych rozwiązań, które mają upodobnić regulację z art. 95a k.k. do środka zabezpieczającego, jego prawdziwa natura przemawia za uznaniem go za, co prawda subtelną, karę cielesną zakazaną przez art. 40 Konstytucji.

Rada Ministrów, odpierając zarzuty sądów i prokuratur, że art. 95a k.k. może godzić w art. 40 Konstytucji i art. 3 Konwencji Europejskiej, powołała się na orzeczenie Trybunału w Strasburgu w sprawie *Nevmerzhitsky przeciwko Ukrainie*, w którym stwierdzono, że „środek wymagany na potrzebę określonej terapii, nie może być w zasadzie uznany za nieludzki lub poniżający”⁵⁵, o ile jest rzeczywiście niezbędny ze względów medycznych i zagwarantowane są odpowiednie gwarancje proceduralne.

Stan faktyczny sprawy był następujący. W IV 1997 r. aresztowano menadżera banku, podejrzanego o przeprowadzenie nielegalnych transakcji walutowych. Tymczasowe aresztowanie przedłużono pięciokrotnie, aby umożliwić dodatkowe śledztwo. Wniosek o zwolnienie za kaucją oddalono. Ponieważ bankowiec wielokrotnie podejmował głodówkę poddawano go przymusowemu dokarmianiu, z powodu którego, jak twierdził, poważnie cierpiał fizycznie i psychicznie. Jego protest dotyczył głównie sposobu dokarmiania: często przykuwano go do krzesła, bądź kaloryfera i zmuszano do połknięcia gumowego węża połączonego z pojemnikiem z substancją odżywczą. Twierdził, że nie leczono go w sposób odpowiedni a warunki w więzieniu naruszyły art. 3 konwencji. Maksymalny, dozwolony prawem okres aresztu upłynął w 1998 r., a przebywał on w więzieniu do 2000 r. Skazano go na 5,5 roku pozbawienia wolności, ale sąd darował mu resztę kary na podstawie amnestii, i dlatego że spędził w areszcie tymczasowym blisko trzy lata.

Trybunał w Strasburgu stwierdził, że z raportów lekarskich wynika, iż w okresie tymczasowego aresztowania skarżący zapadł na różne choroby skóry, jego zdrowie uległo poważnemu pogorszeniu, a otoczenie, w którym był przetrzymywany było niehigieniczne. Wszystko to miało bardzo negatywny wpływ na zdrowie i samopoczucie skarżącego, można więc uznać, że było to traktowanie poniżające. I z tego powodu doszło do naruszenia art. 3 konwencji.

53 O naturze kary odzwierciedlającej zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2005, s. 164.

54 Zob. orzeczenie ETPC w sprawie *Tyrer*.

55 Orzeczenie ETPC w sprawie *Nevmerzhitsky*, par. 94.

W kwestii przymusowego karmienia Trybunał stwierdził, że Komisja w swoim orzecznictwie stwierdziła, że przymusowe dokarmianie może być traktowaniem poniżającym zakazanym przez art. 3 konwencji. Jednak w razie kontynuowania głodówki może dojść do konfliktu między prawem jednostki do integralności fizycznej a obowiązkiem państwa z art. 2 konwencji, nakazującym ochronę życia. Komisja stwierdziła, że w prawie niemieckim konflikt ten rozwiązano w ten sposób, że przymusowe karmienie zostało dozwolone, jeżeli aresztowanemu grozi trwale kalectwo. W razie rzeczywistego zagrożenia życia jest ono obowiązkowe. Decyzję pozostawia się lekarzowi, który podejmuje ją za zgodą sądu.

Trybunał stwierdził, że „przymusowego środka wymaganego ze względu na potrzebę określonej terapii w zasadzie nie można uznać za nieludzki lub poniżający. To samo dotyczy przymusowego karmienia mającego ratować życie aresztowanego świadomie odmawiającego przyjmowania pokarmu. Organa konwencji muszą mieć jednak przekonanie, że jest to rzeczywiście konieczne ze względów medycznych. W związku z taką decyzją powinny również istnieć odpowiednie gwarancje proceduralne. Dolegliwość przymusowego karmienia nie może przekraczać poziomu minimum, od którego zaczyna wchodzić w grę art. 3 konwencji”⁵⁶. Zdaniem Trybunału władze Ukrainy nie wykazały, że przymusowe karmienie było środkiem niezbędnym. Można było założyć, że podjęto je arbitralnie, bez przestrzegania gwarancji proceduralnych. Nie można więc uznać, że władze działały w najlepszym interesie więźnia.⁵⁷

Powyższe uwagi Trybunału w Strasburgu są prawidłowe, ale w niczym nie wpływają na ocenę charakteru regulacji z art. 95a k.k., ponieważ między instytucją z art. 95a k.k. a opisanym powyżej przypadkiem i wnioskami Trybunału w Strasburgu istnieje wiele różnic o zasadniczym charakterze:

- po pierwsze, Trybunał zgodził się na stosowanie w pewnych wypadkach środka terapeutycznego lub dokarmiania wbrew woli osoby, a jak już wyżej wyjaśniono, trudno uznać farmakologiczne obniżenie popędu seksualnego za środek leczniczy, ponieważ nie wpływa on na usunięcie zaburzeń osobowości (które jest zjawiskiem patologicznym), a tylko obniża prawidłowy popęd seksualny;
- po drugie, farmakologiczne obniżenie popędu seksualnego nie jest środkiem koniecznym w terapii zaburzeń preferencji seksualnych, a tylko wspomaga osobę w unikaniu dewiacyjnych zachowań;
- po trzecie, stosowanie środka terapeutycznego ma być konieczne ze względów medycznych, a nie jak w art. 95a k.k. ze względów społecznych (ochrony społeczeństwa przed przemocą seksualną);
- po czwarte, farmakologiczne obniżenie popędu seksualnego ma na celu ochronę społeczeństwa przed jednostką, a nie jej dobro, a przecież Trybunał w Strasburgu wyraźnie podkreślił, że władze muszą działać w najlepszym interesie osoby poddanej takiemu przymusowemu środkowi;

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Omówienie wyroku zob. szerzej M.A. Nowicki, *Europejski trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń z 2005 r.*, Zakamycze 2006, s. 66-71.

- po piąte, Trybunał wyraźnie zwrócił uwagę na konflikt pomiędzy obowiązkiem państwa z art. 2 konwencji (ochrona życia) a zakazem z art. 3, należy więc wnioskować, iż powyższe uwagi Trybunału, aprobującego przymusowe środki terapeutyczne wchodzi w grę tylko w przypadku rzeczywistego zagrożenia życia osoby poddanej tym środkom, ewentualnie w razie groźby poważnego kalectwa (jak w prawie niemieckim), wydaje się, że wolność seksualna osób trzecich, która jest dobrem chronionym przez art. 95a k.k., nie jest dobrem tej wagi, który uzasadniałby naruszenie zakazu z art. 3 konwencji.

6.

Proponowana przez Radę Ministrów nowa wersja art. 95a k.k. narusza zakaz niehumanitarnego traktowania lub karania. Zakaz z art. 40 Konstytucji i art. 3 Konwencji Europejskiej ma charakter absolutny, nie doznaje żadnych wyjątków, dlatego że każde naruszenie zakazu tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania godzi w integralność fizyczną i psychiczną człowieka i tym samym narusza godność osoby ludzkiej⁵⁸. Z tego powodu należy uznać, że nowe brzmienie art. 95a k.k. narusza także art. 30 Konstytucji.

BIBLIOGRAFIA:

- Aleksandrowicz Jerzy, *Zaburzenia nerwicowe, zaburzenia osobowości i zachowania dorosłych (wg ICD-10)*, Kraków 1998,
- Cieślak Marian, Spelt Karol, Szymusik Adam, Wolter Władysław, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991,
- Dutkowski Przemysław, Kowalski Krzysztof, *Leki, encyklopedia dla pacjenta*, Gdańsk 2000,
- Garlicki Leszek (red.), *„Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”*, Warszawa 2003,
- Garlicki Leszek, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2007,
- Górecki Dariusz, *Polskie prawo konstytucyjne w zarysie*, Zakamycze 2007,

58 Zob. wyrok TK o sygn. SK 20/98, art. Konwencji Europejskiej chroni godność człowieka i jego integralność – zob. orzeczenie ETPC w sprawie Tyrer.

- Giezek Jacek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2006,
- Góral Roman, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007,
- Hall Ryan i Richard, *Profil pedofilii: definicja, charakterystyka sprawców, recydywa, wyniki leczenia i aspekty sądowe w Psychiatria po dyplomie*, 5/3/2008,
- Heitzman Janusz, *Opiniowanie sądowo-psychiatryczne sprawców przestępstw seksualnych ze szczególnym uwzględnieniem pedofilii*,
- Hołda Joanna, Hołda Zbigniew, Ostrowska Dorota, Rybczyńska Agnieszka, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Zakamycze 2004,
- Kępiński Antonii, *Z psychopatologii życia seksualnego*, Kraków 2003,
- Lew Starowicz Zbigniew, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 1988,
- Marek Andrzej, *Kodeks karny. Komentarz*, Łódź 2006,
- Nowicki Marek Antonii, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. wybór orzeczeń z 2005 r.*, Zakamycze 2006,
- Podlewski Jan, Chwalibogowska-Podlowska Alicja, *Leki współczesnej terapii*, Warszawa 2001,
- Reynolds James E.F., Martindale. *The Extra Pharmacopoeia*, Londyn 1996,
- Seligman Martin, Walker Elanie, Rosenhan David, *Psychopatologia*, Poznań 2003,
- Sójka-Zielińska Katarzyna, *Historia prawa*, Warszawa 2005,
- Zoll Andrzej (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Orzeczenia sądowe:
 - Wyroki Trybunału Konstytucyjnego:
 - wyrok TK o sygn. SK 20/98 z 1 VI 1999
 - wyrok TK o sygn. SK 25/07 z 26 V 2008
 - Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka:
 - w sprawie Aksoy v. Turcja z 18 XII 1996
 - w sprawie Cenbauer v. Chorwacja z 28 III 2006
 - w sprawie Chahal v. Wielka Brytania z 15 XI 1996
 - w sprawie Costello-Roberts v. Wielka Brytania z 25 III 1993
 - w sprawie H.L.R. v. Francja z 29 IV 1997
 - w sprawie Irlandia v. Wielka Brytania z 18 I 1978
 - w sprawie Shamayev v. Gruzja i Rosja z 12 XII 2005
 - w sprawie Soering v. Wielka Brytania z 7 VII 1989
 - w sprawie Mayzit v. Rosja z 9 III 2006
 - w sprawie Nevmerzhistky v. Ukraina z 25 IV 2005
 - w sprawie Tomasi v. Francja z 27 VIII 1992
 - w sprawie Tyrer v. Wielka Brytania z 25 IV 1978